WHISTLEBLOWING

A DISCUSSION PAPER ON THE PROTECTION OF PUBLIC EMPLOYEES WHO DISCLOSE SERIOUS WRONGDOING

Ontario

MANAGEMENT BOARD
SECRETARIAT

WHISTLEBLOWING
A DISCUSSION PAPER ON THE PROTECTION OF PUBLIC EMPLOYEES WHO DISCLOSE SERIOUS WRONGDOING

PURPOSE

In the November 1990 Throne Speech, the Ontario Government announced its intention to introduce measure to protect whistleblowers.

The Chair of Management Board invites interested parties to review this discussion paper and provide comment regarding its proposals.

Please provide any written comments you may have before November 22, 1991 to:

Director
Freedom of Information and Privacy Branch
Management Board Secretariat
18th Floor, 56 Wellesley Street West
Toronto, Ontario
M7A 1Z6

TEL: (416) 327-2035
FAX: (416) 327-2190

Copies of this discussion paper are available in French on request.

Management Board
Secretariat

September, 1991

WHISTLEBLOWING
A DISCUSSION PAPER ON THE PROTECTION OF PUBLIC EMPLOYEES WHO DISCLOSE SERIOUS WRONGDOING

OUTLINE

Page

STATEMENT OF PURPOSE 3

INTRODUCTION 3

PART I - BACKGROUND

- The Common Law Duty of Confidentiality and Loyalty 5
- Provincial Legislation Requiring Confidentiality 6
  - The Oath of Secrecy 7
  - The Freedom of Information and Protection of Privacy Act 7
- Public Employee Protection in the U.S.A. 8
- Ontario Law Reform Commission Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, 1986. 9

PART II - ISSUES

Question 1: Should whistleblower protection apply to all employees? . 13

Question 2: Who should inquire into and respond to an allegation of serious wrongdoing? 15

Question 3: To what extent should a report into allegations of serious wrongdoing disclose confidential information? 17

Question 4: How should the report be made public? 20

Question 5: What measures are needed to protect employees from employer penalties or retaliation for having disclosed serious wrongdoing? 20

Question 6: Is a new whistleblower protection agency required? 21

Question 7: Should a whistleblower protection program be established in separate legislation? 23

STATEMENT OF PURPOSE

In the November 1990 Throne Speech, the Government announced its intention to introduce measures to protect whistleblowers in the Ontario Public Service.

In exploring various ways of protecting individuals who disclose serious wrongdoing, the Government is guided by the following principles:

- public trust and respect is earned through integrity and openness in government,

- accountability in government is promoted when public employees understand they are free to disclose matters of serious wrongdoing and that they will not suffer any adverse consequences for having done so.

INTRODUCTION

The term "whistleblower" is commonly used to describe anyone who discloses wrongdoing within an organization to someone outside that organization. After having made the disclosure the whistleblower may suffer retaliation by being fired, demoted or punished in other ways. The organization, on the other hand, may decide to act upon or not to act upon the allegations that were made.

The following example illustrates a possible government scenario. An employee of a government agency provides documents and correspondence to an opposition MPP which disclose that senior managers of the agency are pressuring their subordinates to falsify data. The falsified data is being used to justify the awarding of a grant or licence to a particular company. Ordinarily, the company would not have been

eligible for the grant or licence under the terms of the agency's statute and mandatory policies. The matter is raised publicly by the MPP who received the documents, and the employee is dismissed for disclosing confidential information without authorization.

The purpose of a whistleblower protection program is to protect employees from this kind of retaliation. A second objective is to ensure that processes are in place whereby an organization will respond speedily to the information that was made public and that the appropriate corrective action will be taken.

In 1986, the Law Reform Commission of Ontario published its Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees. In preparing its Report, the Law Reform Commission received extensive representations from the Civil Service Commission, the Ontario Public Service Employees Union (OPSEU), the National Union of Provincial Government Employees, and the Ontario Liquor Board Employees Union and from various members of the public. The recommendations concerning whistleblowing contained in the Law Reform Commission Report are in substantial agreement with the submissions put forward by OPSEU.

Given that the Law Reform Commission prepared its recommendations after extensive research and public consultation, this discussion paper proposes an employee protection program that incorporates most of the Commission's recommendations.

Many of the recommendations in the Law Reform Commission Report of 1986 were based on a draft freedom of information and privacy bill. Since then, freedom of information and privacy legislation has been enacted at both the provincial and municipal levels and we now have more than three years experience in administering Ontario's Freedom of Information and Protection of Privacy Act. This discussion paper takes into account our new legislative environment and raises a number of issues for reappraisal and fresh thinking, such as:

1. **Should whistleblower protection apply to all employees?**

2. **Who should inquire into and respond to an allegation of serious wrongdoing?**

3. **To what extent should a report into allegations of serious wrongdoing contain confidential information?**

4. **How should the report be made public?**

5. **What measures are needed to protect employees from employer penalties or retaliation for having disclosed serious wrongdoing?**

6. **Is a new whistleblower protection agency required?**

7. **Should a whistleblower protection program be established in separate legislation?**

PART I - BACKGROUND

The Common Law Duty of Confidentiality and Loyalty

Under Canadian common law, an employee owes a duty of confidentiality and loyalty to his or her employer. This duty requires that an employee must not disclose confidential information obtained during the course of employment without the employer's consent.

The courts have recognized exceptions to this duty of confidentiality and loyalty. For example, a government employee's duty of confidentiality may be excused where the employee meets both of the following conditions:

- wrongdoing is disclosed involving criminal activity, fraud or serious misdeeds of such significance that disclosure is necessary in the public interest (however, the type of wrongdoing justifying this defence has not been authoritatively defined by the courts), and

- the whistleblower exercises good faith in disclosing wrongdoing, by being sure of his or her facts and by disclosing the information to the appropriate authority. The appropriate authority will vary depending on the circumstances, but may involve first resort to internal avenues of investigation, or other law enforcement agencies. Where there are appropriate internal avenues for disclosure and disclosure is made outside the organization, to the media for example, the employee may not be protected under common law.

Currently, the whistleblower's defence has two significant shortcomings:

- the defence is vaguely defined, and

- the defence operates after retaliation such as dismissal from employment has occurred.

It is therefore extremely difficult for an employee to predict whether a court or board of arbitration would apply the defence in his or her particular circumstances.

In summary, the common law defence provides little incentive for employees to disclose serious wrongdoing.

Provincial Legislation Requiring Confidentiality

It is important to recognize that the act of disclosing an employer's confidential information is normally considered unlawful. The protection of employees who make such disclosures involves the avoidance of penalties that would ordinarily be justified, because the act of disclosure, not the maintenance of confidentiality, is deemed to serve the greater public interest.

Brief mention must therefore be made of provincial statutes requiring confidentiality. Various provincial Acts have imposed confidentiality obligations on crown employees in particular circumstances. The following two statutes however, establish a comprehensive confidentiality scheme of general application to government ministries and agencies.

- *The Oath of Secrecy*

Subsection 10(1) of the Public Service Act requires civil servants in Ontario to swear an oath of confidentiality not to disclose any information or document other than as legally authorized or required.

The oath of secrecy reads:

> I . . . . ., do swear that I will faithfully discharge my duties as a civil servant and will observe and comply with the laws of Canada and Ontario, and, except as I may be legally authorized or required, I will not disclose or give to any person any information or document that comes to my knowledge or possession by reason of my being a civil servant.

In its 1986 report, the Ontario Law Reform Commission criticized the wording of the oath as unclear, and recommended that it be abolished in favour of a more comprehensive duty of confidentiality.

- *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act and Confidentiality Provisions in other Statutes*

The law relating to the disclosure of government information by Crown employees is established by the Freedom of Information and Protection of Privacy Act (FIPPA). The Ontario Law Reform Commission Report was clear in its recommendations that any modifications of the law relating to disclosure of information by Crown employees should respect the disclosure regime established in the Act.

The starting point of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act is that "every person has a right of access to a record in the custody or in the control of an institution". The head of an institution or the head's delegate may refuse access to a requested record only if the record falls within one of the exemptions to the right of access listed in sections 12 through 22 (eg. cabinet records, law enforcement records etc.).

FIPPA also prohibits institutions from disclosing personal information on their own accord other than as specifically permitted by the legislation.

Prior to the enactment of FIPPA, various statutes contained confidentiality clauses which restricted disclosure of specified information. As of January 1, 1990 in all but 11 provincial statutes, these confidentiality provisions ceased to prevail over the right of access provided by the Freedom of Information and Protection of Privacy Act. However, these pre-existing confidentiality clauses were not repealed because:

- they may determine whether evidence can be introduced in court,
- some clauses contained non-compellability provisions, that is, where persons cannot be required to give testimony in court about certain matters, or
- they stipulated access or disclosure rights.

Employee Protection in the U.S.A.

The United States Code establishes a comprehensive legal framework governing personnel practices at the federal level. Part of this legal framework was expressly intended to provide a "positive climate for whistleblowing".

The U.S. Code protects whistleblowers from retaliation by:

- enumerating nine merit system principles to be followed in the management of federal personnel. The ninth principle states that employees who speak out about government wrongdoing should be protected from retaliation;

- prohibiting specified personnel practices such as retaliation against whistleblowers;

- establishing a Merit Systems Protection Board to adjudicate employee appeals alleging a contravention of the U.S. Code;

- establishing an Office of the Special Counsel which,
  - * provides a secure channel through which employees may disclose wrongdoing;
  - * prosecutes any retaliation against such employees before the Merit Systems Protection Board.

Ontario Law Reform Commission Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, 1986.

As stated earlier, the whistleblower protection program presented in this paper is essentially that which was advocated by the Ontario Law Reform Commission in 1986.

The two fundamental objectives of a proposed whistleblower protection program are:

- to protect whistleblowers from retaliation,
- to ensure that the wrongdoing disclosed by the whistleblower is responded to appropriately.

The whistleblower protection plan recommended in the Law Reform Commission Report provides an employee with the choice of disclosing wrongdoing in one of two ways:

- to disclose information about wrongdoing in the manner of his or her own choosing, for example to the media, opposition MPPs, etc. The employee could seek to avoid any penalty for unauthorized disclosure by relying on the common law "whistleblower's defence".
- to disclose information about wrongdoing to a Special Counsel established to receive such allegations.

The Special Counsel would provide two basic services to the employee. The two services are:

1) ***TO RECEIVE ALLEGATIONS OF WRONGDOING FROM EMPLOYEES IN STRICT CONFIDENCE, AND TO PROVIDE ADVICE AND GUIDANCE REGARDING THE ALLEGATIONS.***

Assuming the services provided by the Special Counsel are available to any employee in any ministry or agency of government, the employee could choose to disclose anonymously or in strict confidence any information to the Special Counsel. Complete confidentiality would be assured by statute. The anonymity/confidentiality of the Special Counsel relationship insulates the employee from any possible retaliation at this advisory stage of the process.

The employee is free to make any allegation of wrongdoing to the Special Counsel in a confidential manner, and to seek advice regarding the allegation without fear of penalty.

According to the Law Reform Commission Report, a whistleblower protection program would not differentiate between disclosures of recorded or unrecorded information. The rationale for disclosing some information and keeping other information confidential the report says, should be based entirely on the substance of the information, and not on whether the information is recorded or non-recorded.

The employee's allegations may be such that another agency should clearly investigate. For example, if an employee discloses evidence of systemic discrimination, the appropriate course of action should be a complaint to the Human Rights Commission. The same can be said for matters that are properly the jurisdiction of the Provincial Auditor, the Ombudsman, or the Police.

If another agency is to be contacted to inquire into the employee's allegations, the Special Counsel could either:

- refer the employee to the appropriate agency, or
- where the employee wished to remain anonymous, the Special Counsel may inform the agency about the allegations on behalf of the employee.

Where there is no reasonable basis for the employee's allegations or where in the opinion of the Special Counsel the employee is clearly motivated by bad faith, the Special Counsel would at its discretion refuse to deal further with the allegations. The Special Counsel would then advise the employee that in the Counsel's opinion, the allegation appears to have no merit. Yet, the employee would face no penalty for having taken the allegation to the advice stage because no other parties would be aware of the nature of the discussions that had taken place between the employee and the Special Counsel.

By utilizing the Special Counsel procedure, the employee is provided with a confidential forum to discuss wrongdoing without fear of penalty and government agencies are protected from any harm or disruption as a result of unfounded allegations.

If for whatever reason an employee chooses not to use the Special Counsel procedure and chooses instead to disclose the information publicly, he or she could still rely on the common law whistleblower's defence in the event of any retaliation by the employer. As stated earlier in this paper, however, the type of wrongdoing justifying the whistleblower defence has not been authoritatively defined by the courts. The range of justifiable disclosures under common law is therefore likely to be quite limited.

2) *TO ACT AS A SAFE CONDUIT FOR DISCLOSURE OF SERIOUS WRONGDOING AND WHERE APPROPRIATE TO ENSURE THAT AN AGENCY RESPONDS TO ALLEGATIONS OF WRONGDOING.*

Where no other agency has jurisdiction to inquire into the allegations, and where no other avenue of response to the allegations appears to exist, an employee may choose to pursue the matter further with the Special Counsel.

The employee's allegations would have to meet some threshold test in order to engage the services of the Special Counsel at this second stage. The threshold test proposed by the Law Reform Commission is:

> an allegation of serious wrongdoing that represents:
>
> - a violation of a statute, regulation or rule; or
> - mismanagement, waste of funds, or abuse of authority; or
> - a danger to the health or safety of employees and/or the public; or
> - other wrongdoing of a similar nature, and
>
> which should be disclosed in the public interest.

The Special Counsel would have the authority to determine whether the employee's allegations met the above test and therefore warranted further action by the Special Counsel.

If the Special Counsel decided to proceed, the Special Counsel would direct the agency head to prepare a response to the allegations. The Law Reform Commission recommended that normally the agency head be required to prepare the report within 30 days. The agency response would be filed with the Special Counsel and would be available to the public subject to the confidentiality requirements of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act.

Employees who in good faith disclose serious wrongdoing in the public interest through this Special Counsel procedure would be protected from retaliation. They would be protected first of all through the anonymity or confidentiality of their

discussions with the Special Counsel. Nonetheless, if employees were retaliated against, they would be provided with a statutory right of grievance and arbitration before the Crown Employees Grievance Settlement Board or the Public Service Grievance Board.

PART II - ISSUES

The whistleblower protection procedures as presented in the Law Reform Commission Report could be modified in various ways to take into account the changes that have occurred since 1986.

QUESTION 1: SHOULD WHISTLEBLOWER PROTECTION APPLY TO ALL EMPLOYEES?

The basic legislation in Ontario governing disclosure of information by government employees is the Freedom of Information and Protection of Privacy Act. That Act applies to all Ministries and to all advisory and regulatory (Schedule I) agencies and commercial (Schedule II) agencies. Community Colleges and District Health Councils which are Schedule III agencies are also covered.

Note: The schedule of agencies in Ontario is contained in the Management Board Directive on the Establishment and Scheduling of Agencies.

Since the Freedom of Information and Protection of Privacy Act sets out the comprehensive legal requirements governing the confidentiality of government information, the coverage of a whistleblower protection program should be consistent with the coverage of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act. A number of options might be considered.

OPTION 1: The American Model.

The whistleblower protection in the U.S. Code does not apply to

- government corporations, such as the Federal Depositers Insurance Corporation,
- law enforcement and intelligence agencies such as the FBI and the CIA,

- the General Accounting Office,
- U.S. Postal Service.

Government corporations are excluded, not on principle, but because the federal merit system in general does not apply to them. Law enforcement and intelligence agencies are excluded for security reasons. The general accounting office and the U.S. Postal Service are excluded because they fall outside the Executive Branch of government to which the whistleblower protection in the U.S. Code generally applies.

In addition to excluding certain agencies, the U.S. Code also excludes certain types of employees from protection, namely:

- positions exempted from competitive service because of their confidential or policy making role, and
- any position excluded by the President on grounds that it is necessary and warranted for good administration.

OPTION 2: Law Reform Commission Recommendation.

In departing from the U.S. approach, the Ontario Law Reform Commission recommended that no Crown employee be excluded from protection. The Commission argued that it is precisely such excluded employees who are most likely to obtain evidence of serious wrongdoing. The Commission's recommendation to extend whistleblower protection to all Crown employees was also heavily influenced by its recommendation of a Special Counsel procedure.

(Note: "Crown employee" is the broadest category of public sector employees and includes all persons employed in the service of the Crown including virtually all ministry and most agency employees. This broad category would cover most institutions currently under the jurisdiction of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act.)

QUESTION 2: WHO SHOULD INQUIRE INTO AND RESPOND TO AN ALLEGATION OF SERIOUS WRONGDOING?

Once it has been determined that an investigation should take place, either the agency or the Special Counsel could investigate the allegation of wrongdoing.

OPTION 1: Investigation by the Ministry or Agency

The Law Reform Commission recommended the establishment of a Special Counsel to receive allegations from whistleblowers. The Special Counsel would have a solicitor-client relationship with the whistleblower, with the usual solicitor-client privilege attaching to their communications.

The role of a Special Counsel need not be filled by a lawyer however, if adequate statutory guarantees of confidentiality for the whistleblower are stipulated. In order not to predetermine the role of a "Special Counsel" too narrowly, the remainder of this discussion paper will use the term "Employee Protection Advisor" (or Advisor) instead of Special Counsel.

As discussed earlier, the Law Reform Commission recommended that after the Employee Protection Advisor has directed a ministry or agency head to respond to an allegation of serious wrongdoing, the institution would inquire into the matter and prepare a public report which it would then hand back to the Advisor.

There are a number of advantages to this approach:

- the basic objectives of a whistleblower protection program are met, namely, employees are protected from retaliation and allegations of serious wrongdoing are responded to by the ministry or agency involved;

- the Employee Protection Advisor procedure reinforces the responsibility of institutions to ensure that wrongdoing of any kind within the institution is addressed. Providing a positive environment for responsible and well motivated disclosures will promote the need for effective communication among all levels of employees in

government organizations; it will encourage effective and credible internal mechanisms to address allegations of wrongdoing; and will reinforce the role and responsibility of managers in responding to these matters;

- as recommended by the Law Reform Commission, the essential role of the Employee Protection Advisor is to manage the disclosure of information by the whistleblower in ways that protect the legitimate interests of the employee and the institution. The Advisor is not required to actively investigate or adjudicate either the employee's allegations or the ministry or agency's response. The personnel requirements and the administrative costs of such an Advisor would therefore be modest.

This approach might be criticized because it allows a ministry or agency to investigate itself. This raises the possibility that the institution's report might not be a full and complete public answer to the allegation of wrongdoing.

Given that the report is to be made public, it is certain to generate comment in the media, in the Legislative Assembly and elsewhere. There will therefore be strong motivation for each institution to ensure that any report it prepares into wrongdoing can withstand public scrutiny.

OPTION 2: Investigation by the Employee Protection Advisor

An alternative approach would be for the Employee Protection Advisor to actively investigate any allegations which have met the threshold test for further action.

As an investigator, the Advisor would require the statutory authority to enter and inspect premises, to interview staff without interference and to compel the production of documents.

After the investigation is completed, the Advisor would prepare the investigative report.

In preparing the investigative report, the Employee Protection Advisor rather than the institution head would decide the necessity of disclosing sensitive information about the operations of the ministry or agency. Similarly, the Advisor rather than the institution head would determine what, if any, "exemptible" information under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act should be disclosed in the public interest.

With this approach, a number of considerations must be taken into account.

For example, it is unlikely that a Employee Protection Advisor would be able to carry out an independent investigation into an allegation of serious wrongdoing and prepare a report within 30 days.

An investigative role assigned to the Advisor would almost certainly entail a need for additional personnel and financial resources.

But perhaps the most important consideration is that the jurisdiction of the Advisor to investigate serious wrongdoing would have to be carefully defined to distinguish it from the jurisdiction of other ministries and agencies with investigative authority in areas such as workplace health and safety and environmental standards, etc.

It will also be necessary to delineate the jurisdiction of the Employee Protection Advisor from that of other "watchdog" agencies such as the Ombudsman, Provincial Auditor, the Human Rights Commission, the Information and Privacy Commissioner and from law enforcement agencies such as the police.

These jurisdictional issues would have to be carefully considered so that the investigative jurisdiction of the Employee Protection Advisor would not conflict with those of other investigative agencies.

QUESTION 3: TO WHAT EXTENT SHOULD A REPORT INTO ALLEGATIONS OF SERIOUS WRONGDOING DISCLOSE CONFIDENTIAL INFORMATION?

Regardless of whether the ministry or agency head or the Employee Protection Advisor prepares the report regarding an allegation of serious wrongdoing, the report should be made publicly available.

To what extent can that report disclose confidential information?

In considering this issue, it is necessary to bear in mind the provisions of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act regarding the confidentiality of certain information.

The legislation specifies that the public has a right of access to government records unless all or part of the record falls within an exemption to access.

Most of these exemptions are discretionary; meaning that even when they do apply, an institution head can still make the record public.

When the record falls within a mandatory exemption however, the institution head must refuse access. The mandatory exemptions apply only to cabinet records, certain third party confidential commercial information, and personal information. With the exception of cabinet records, even these mandatory exemptions do not apply where there is a compelling public interest in disclosure which outweighs the purpose of the exemption.

In summary then, the Freedom of Information and Protection of Privacy Act would only preclude the disclosure of cabinet records in the report in virtually all circumstances.

OPTION 1: A full public report is prepared, but "exemptible" information is deleted.

Where an institution head has prepared a report on the allegations at the direction of the Employee Protection Advisor, the head would indicate to the Advisor what information in the report should be severed (that is, removed or blanked out under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act). The Advisor would place the report with the deleted information in the public file at the head's direction.

If the employee (or any person) disagreed with the exemptions claimed or believed that the exemptions should not apply due to a compelling public interest in disclosure, the employee could direct the Advisor to appeal to the Information and

Privacy Commissioner. The Commissioner would then decide whether to order full disclosure of the report in the public interest. (Note: this may require an expansion of the Commissioner's existing authority under s. 23 of FIPPA to order disclosure of certain exempt records in the public interest.)

If ordered by the Commissioner, all or part of the "withheld" agency response would be placed in the public file. This procedure, described in greater detail, was the option recommended in the Ontario Law Reform Commission's 1986 report.

From the public's point of view, a report into alleged wrongdoing in which information was deleted, would represent less than full disclosure. It would almost certainly lead to suspicion in the public's mind that the deletions were made to avoid further embarrassment.

From the agency's perspective, on the other hand, preparing a complete answer to the allegations may entail the disclosure of sensitive or confidential information that should be protected under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act.

OPTION 2: The entire report is made public.

An alternative approach is to make the entire report public.

When drafting the report, the institution head (or the Advisor, if investigating) would determine whether or not to disclose "exemptible" information in the first place. As discussed on page 18, the ministry or agency would enjoy a large degree of latitude in deciding what information should be included in the report in order to make a proper answer to the allegations.

In this option, there would be no need for an appeal to the Information and Privacy Commissioner since nothing has been severed from the original report to begin with. Any individual could, of course, submit a freedom of information request to see background documentation and other pertinent records on which the report was based. A refusal to grant access to background records could be appealed to the Information and Privacy Commissioner.

QUESTION 4: HOW SHOULD THE REPORT BE MADE PUBLIC?

In considering how reports are to be made public, a number of options are possible, such as:

OPTION 1: Public Filing of the Report

The Law Reform Commission recommended that the report be placed in a public file. Interested members of the public would have to take the initiative to search the public file to determine if a report had been placed in it.

OPTION 2: Tabling in the Legislature

In addition to the above approach, the Employee Protection Advisor could publicly disseminate the report by tabling the report with the Speaker of the Legislative Assembly. In addition, the Minister or agency head could choose to release the report through a ministerial statement in the legislature, through a news conference or through other means.

QUESTION 5: WHAT MEASURES ARE NEEDED TO PROTECT EMPLOYEES FROM EMPLOYER PENALTIES OR RETALIATION FOR HAVING DISCLOSED SERIOUS WRONGDOING?

When the Employee Protection Advisor is advising an employee regarding the disclosure of an allegation of wrongdoing, the communication is completely confidential. At this initial stage, the employer would not know the employee has discussed any matter with the Advisor.

The strict confidentiality of this relationship gives employees a significant amount of protection and the possibility of any penalty or retaliation by an employer is extremely remote.

Should the allegation meet the threshold test for further action by the Advisor, the agency would be contacted regarding the allegation. Depending on the nature of the allegation of wrongdoing, the employer at this stage may or may not deduce or become aware of which employee had approached the Advisor.

OPTION 1: Statutory Right of Grievance

If an employee does suffer a penalty for having disclosed confidential information or evidence of serious wrongdoing to the Employee Protection Advisor, the Law Reform Commission recommended that a statutory right of grievance be established in the Public Service Act. The grievance would ultimately be heard by the Crown Employees Grievance Settlement Board or the Public Service Grievance Board.

Unionized employees would be represented by their respective union. Excluded staff, which have no union representative, would either retain an advocate or legal counsel at their own expense as is currently the norm.

OPTION 2: Employee Protection Advisor provides an employee protection package.

To provide further protection for employees, the Advisor could undertake to represent the employee before the arbitration board. This option may only be necessary for excluded staff. Employees would then be spared the expense of retaining counsel to represent them before the arbitration board.

Alternatively, rather than represent employees before the arbitration board, the Employee Protection Advisor could recommend that the agency reimburse an employee for his or her costs before the arbitration board. Similarly, the Advisor could recommend that an institution compensate an employee in other ways which may not have been addressed in the arbitration award (for example, additional compensation for mental distress or for disruption to personal or family life). These recommendations would be at the Advisor's discretion.

QUESTION 6: IS A NEW WHISTLEBLOWER PROTECTION AGENCY REQUIRED?

The decision whether to create a separate stand-alone whistleblower protection agency will be determined in part by the roles and functions the Employee Protection Advisor will carry out.

OPTION 1: New Agency: The Employee Protection Advisor

The Law Reform Commission perceived the role of an Employee Protection Advisor as quite distinct from existing "watchdog" agencies such as the Ombudsman or the Provincial Auditor. In the Commission's view, the Advisor acts as a conduit for the disclosure of allegations of serious wrongdoing. The Advisor does not investigate the validity of the allegation, but merely ensures that employees who make such allegations in good faith are not penalized and that institutions respond publicly to the allegations in the public interest.

Since this role for the Employee Protection Advisor is quite unlike that of the Ombudsman or the Provincial Auditor, the Commission recommended a statutory regime to establish a separate and independent agency for the Employee Protection Advisor.

OPTION 2: Employee Protection Advisor as an Investigative Agency

If the Employee Protection Advisor is to investigate and report on allegations of wrongdoing, the jurisdiction and the statutory authority to investigate would have to be established by statute. It will be essential to clearly distinguish the role and jurisdiction of an Employee Protection Advisor performing an investigative function, from the jurisdiction of other investigative agencies such as the Ombudsman or the Provincial Auditor.

OPTION 3: Employee Protection Advisor linked to the Information and Privacy Commissioner

The Freedom of Information and Protection of Privacy Act sets out the basic law regarding obligations of confidentiality. The Office of the Information and Privacy Commissioner is the agency established to oversee compliance with that Act. Attaching the Employee Protection Advisor to the Commissioner's office could reduce the start-up and on-going operating expenses of the Employee Protection Advisor.

The Employee Protection Advisor could be linked to the office of the Information and Privacy Commissioner if:

- the Advisor acts as a conduit to manage the disclosure of allegations of wrongdoing and to ensure that the institution prepares a public response (that is, no investigative role), and

- the entire institution response is made public with no deletions of "exemptible" information under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act. If the entire report is made public, no appeal to the Information and Privacy Commissioner would be necessary.

  Since the Advisor would not be involved in an appeal before the Information and Privacy Commissioner, there would be no conflict in role or function between the Employee Protection Advisor and the Information and Privacy Commissioner.

QUESTION 7: SHOULD A WHISTLEBLOWER PROTECTION PROGRAM BE ESTABLISHED IN SEPARATE LEGISLATION?

There are a number of matters related to the functioning of a Employee Protection Advisor for which statutory authority is required. These matters are:

- The appointment and reporting responsibility of the Advisor. The Law Reform Commission recommended that the Employee Protection Advisor be an officer of the Legislative Assembly and be appointed by the Lieutenant Governor in Council on the address of the Assembly.

- The establishment of a statutory right of grievance for any retaliation against an employee who has used the Employee Protection Advisor procedure.

- The lawful authority of the Employee Protection Advisor

- to maintain strict confidentiality regarding discussions with employees;
- to require an institution to report on allegations of wrongdoing within a limited time frame, or alternatively the authority of the Advisor to investigate allegations of serious wrongdoing;
- to collect and disclose confidential information in the performance of his or her responsibilities.

Given that the confidentiality requirements for government information are now contained in the Freedom of Information and Protection of Privacy Act, the whistleblower protection program proposed in this paper would, at the very least, require amendments to the Freedom of Information and Protection of Privacy Act, to permit the disclosure of confidential information to the Advisor.

There are two legislative options for implementing this type of protection program:

OPTION 1: Amendment to the Freedom of Information and Protection of Privacy Act.

As stated earlier, the Freedom of Information and Protection of Privacy Act sets out a comprehensive program for the disclosure of government information, and establishes the Information and Privacy Commissioner as the agency responsible for ensuring compliance with the Act.

The Freedom of Information and Protection of Privacy Act could be amended to establish the Office of the Employee Protection Advisor either as a stand alone agency or as an agency which is attached to the current office of the Information and Privacy Commissioner.

OPTION 2: Separate legislation

Separate legislation could be enacted establishing the office of the Employee Protection Advisor. The legislation would delineate the role of the Advisor as well as the responsibilities of an institution against whom allegations have been made.

This legislation would also make consequential amendments to the Freedom of Information and Protection of Privacy Act, the Public Service Act, and any other relevant statutes.

DIVULGATION

DOCUMENT DE TRAVAIL SUR LA PROTECTION DE FONCTIONNAIRES QUI DIVULGUENT DES ACTIONS FAUTIVES GRAVES

Ontario

CONSEIL DE GESTION
DU GOUVERNEMENT

DIVULGATION
DOCUMENT DE TRAVAIL SUR LA PROTECTION DES FONCTIONNAIRES QUI DIVULGUENT DES ACTIONS FAUTIVES GRAVES

OBJET

Dans le discours du trône de novembre 1990, le gouvernement de l'Ontario a annoncé son intention d'introduire des mesures visant à protéger les divulgateurs.

Le Conseil de gestion du gouvernement invite les parties concernées à examiner ce document de travail et à fournir des commentaires sur ces propositions.

Veuillez faire parvenir vos commentaires écrits avant le 22 novembre 1991 à :

Directeur
Direction de l'accès à l'information
et de la protection de la vie privée
56, rue Wellesley ouest, 18e étage
Toronto (Ontario)
M7A 1Z6

Téléphone : (416) 327-2035
Télécopieur : (416) 327-2190

Secrétariat
Conseil de gestion du
gouvernement

Septembre 1991

DIVULGATION
DOCUMENT DE TRAVAIL SUR LA PROTECTION DES FONCTIONNAIRES QUI DIVULGUENT DES ACTIONS FAUTIVES GRAVES

TABLE DES MATIÈRES

	Page
OBJECTIF	4
INTRODUCTION	4
PARTIE I - RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX	
• Obligation de common law de confidentialité et de loyauté	6
• Loi provinciale exigeant la confidentialité	7
- Le serment de confidentialité	8
- La Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée	8
• Protection des fonctionnaires aux États-Unis	10
• Rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario sur l'activité politique, les commentaires publics et la divulgation de la part d'employés de la Couronne	10
PARTIE II - QUESTIONS	
QUESTION 1. La protection des divulgateurs doit-elle s'étendre à tous les employés?	15
QUESTION 2. Qui doit faire enquête et répondre en cas d'allégations d'action fautive grave?	17
QUESTION 3. Jusqu'à quel point un rapport sur des allégations d'action fautive grave doit-il dévoiler des renseignements confidentiels?	20
QUESTION 4. Comment le rapport doit-il être rendu public?	23
QUESTION 5. Quelles mesures sont nécessaires pour mettre les employés qui divulguent des actions fautives graves à l'abri des sanctions ou des représailles des employeurs?	23

QUESTION 6. Un nouvel organisme de protection des divulgateurs est-il nécessaire? 25

QUESTION 7. Un programme de protection des divulgateurs doit-il faire partie d'une loi séparée? 27

PROTECTION DES DIVULGATEURS - DOCUMENT DE TRAVAIL

OBJECTIF

Dans son discours du trône de novembre 1990, le gouvernement a annoncé son intention d'introduire des mesures visant à protéger les divulgateurs dans la fonction publique de l'Ontario.

En examinant les diverses façons de protéger les personnes qui divulguent des actions fautives graves, le gouvernement se base sur les principes suivants :

- pour gagner la confiance et le respect du public, le gouvernement doit faire preuve d'intégrité et de franchise;

- il est possible d'assurer l'obligation de rendre compte du gouvernement lorsque les fonctionnaires comprennent qu'ils sont libres de divulguer des actions fautives graves et qu'ils ne subiront pas de sanctions pour autant.

INTRODUCTION

Le terme «divulgateur» est utilisé couramment pour décrire une personne qui divulgue des actions fautives au sein d'un organisme à une autre personne qui ne fait pas partie de l'organisme. Une fois l'affaire mise à jour, le divulgateur peut faire l'objet de représailles en étant congédié, rétrogradé ou puni d'autres façons. L'organisme peut quant à lui de faire le nécessaire ou non en fonction des allégations.

Voici un exemple de situation qui pourrait survenir au sein du gouvernement. Un employé d'un organisme gouvernemental fournit des documents et de la correspondance à un député provincial de l'opposition. Les documents révèlent que les cadres supérieurs de l'organisme gouvernemental forcent leurs subalternes à falsifier des données. Les fausses données servent à justifier l'attribution d'une subvention ou d'un permis à une entreprise précise. Normalement, l'entreprise n'aurait pas été éligible à la subvention ou

au permis en vertu des politiques obligatoires de l'organisme. La question est soulevée publiquement par le député provincial qui a obtenu les documents et l'employé est congédié pour avoir divulguer des documents confidentiels sans autorisation.

L'objectif des programmes de protection des divulgateurs est de mettre les employés à l'abri de ce genre de représailles. Un autre objectif est de s'assurer que l'organisme répondra rapidement aux renseignements qui ont été rendus public et que les mesures appropriées seront prises.

En 1986, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a publié son rapport sur l'activité politique, les commentaires publics et la divulgation de la part d'employés de la Couronne. En préparant son rapport, la Commission de réforme du droit a obtenu de nombreuses déclarations de la part de la Commission de la fonction publique, du Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario (SEFPO), du Syndicat national de la fonction publique provinciale, de l'Ontario Liquor Board Employees Union et de divers membres du public. Les recommandations du rapport de la Commission de réforme du droit sur les divulgateurs sont en général semblables aux suggestions de la SEFPO.

Étant donné que la Commission a préparé ses recommandations après de nombreuses rêcherches et après avoir consulté le public, ce document de travail propose un programme de protection des divulgateurs qui reprend la plupart des recommandations de la Commission.

Toutefois, il ne faut pas oublier que plusieurs des recommandations faites par la Commission de réforme du droit dans son rapport de 1986, étaient basées sur un avant-projet de loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée. Depuis lors, la loi a été adoptée au niveau provincial et municipal, et le gouvernement possède maintenant trois ans d'expérience dans l'administration de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée (loi provinciale). Ce document de travail tient compte des lois en vigueur et soulève les questions suivantes :

1. La protection des divulgateurs doit-elle s'étendre à tous les employés?

2. Qui doit faire enquête et répondre en cas d'allégations d'action fautive grave?

3. Jusqu'à quel point un rapport sur des allégations d'action fautive grave doit-il dévoiler des renseignements confidentiels?

4. Comment le rapport doit-il être rendu public?

5. Quelles mesures sont nécessaires pour mettre les employés qui divulguent des actions fautives graves à l'abri des sanctions ou des représailles des employeurs?

6. Un nouvel organisme de protection des divulgateurs est-il nécessaire?

7. Un programme de protection des divulgateurs doit-il faire partie d'une loi séparée?

PARTIE I - RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX

Obligation de common law de confidentialité et de loyauté

En vertu de la common law canadienne, un employé doit faire preuve de confidentialité et de loyauté envers son employeur. Cette obligation exige que les employés ne divulguent pas les renseignements confidentiels dans le cadre de l'emploi sans le consentement de l'employeur.

Les tribunaux acceptent des exceptions à cette obligation de confidentialité et de loyauté. Un employé du gouvernement peut être dispensé de son obligation de confidentialité et de loyauté si les deux conditions suivantes sont respectées :

- l'action fautive implique une activité criminelle, une fraude ou un délit grave qui justifie la divulgation dans l'intérêt public (cependant, le type d'action fautive justifiant la défense du divulgateur n'a pas été défini par les tribunaux), et

- le divulgateur fait preuve de bonne foi en divulguant des actions fautives, en s'assurant des faits et en s'adressant à l'autorité compétente. L'autorité compétente changera en fonction des circonstances, mais peut consister en premier lieu au recours à des moyens internes d'enquête ou à d'autres organismes chargés de l'application de la loi. S'il existe des moyens internes de divulgation et que la divulgation est faite à l'extérieur de l'organisme, comme par exemple aux médias, l'employé ne sera peut-être pas protégé par la common law.

À l'heure actuelle, la défense du divulgateur compte deux lacunes importantes :

- la défense n'est pas définie avec précision, et

- la défense entre en jeu après qu'une sanction, comme le congédiement, soit survenue.

Il est donc extrêmement difficile pour un employé de prédire si un tribunal ou une commission d'arbitrage ferait valoir la défense en pareilles circonstances.

Pour ces raisons, la défense des divulgateurs dans la common law n'incite pas vraiment les employés à divulguer des actions fautives graves.

Loi provinciale exigeant la confidentialité

Il est important de préciser que le fait de divulguer les renseignements confidentiels d'un employeur est normalement un acte illégal. La protection des employés qui font de

telles divulgations signifie qu'ils ne seront pas soumis aux sanctions normalement justifiées, parce que la divulgation, et non la confidentialité, est considérée comme étant dans l'intérêt public.

C'est pourquoi nous devons souligner les différentes lois provinciales exigeant la confidentialité. Diverses lois provinciales imposent la confidentialité aux employés de la Couronne dans des circonstances précises. Cependant, les deux lois qui suivent prévoient l'application générale d'une clause de confidentialité aux ministères et organismes gouvernementaux.

- *Le serment de confidentialité*

Le paragraphe 10 (1) de la Loi sur la fonction publique exige que les fonctionnaires de l'Ontario fassent un serment de confidentialité en jurant de ne pas divulguer des renseignements ou des documents autres que ceux autorisés ou exigés par la loi.

Le serment de confidentialité se lit comme suit :

> Je soussigné(e), ..., jure (ou affirme solennellement) que je m'acquitterai fidèlement de mes fonctions de fonctionnaire titulaire et que je respecterai les lois du Canada et de l'Ontario. À moins d'y être légalement autorisé(e) ou tenu(e), je ne divulguerai ni ne donnerai à quiconque un renseignement ou un document dont j'aurai eu connaissance ou que j'aurai eu en ma possession dans l'exercice de mes fonctions.

Dans son rapport de 1986, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a indiqué que le paragraphe en question n'était pas tout à fait clair, et a recommandé de le remplacer par une obligation plus complète.

- ***La Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée et les dispositions sur la confidentialité dans les autres lois***

Le droit relatif à la divulgation de renseignements gouvernementaux par des employés de la Couronne repose sur la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée. Le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario recommandait clairement que toute modification à la loi relative à la divulgation de renseignements par des employés de la Couronne devrait respecter les règles prévues par la loi.

La pierre angulaire de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée est que «chacun a un droit d'accès à un document ou une partie de celui-ci dont une institution a le contrôle...». Le responsable d'une institution ou une personne déléguée peut refuser l'accès à un document seulement si celui-ci se classe dans une des exceptions prévues par la loi aux articles 12 à 22 (par exemple, documents du Conseil des ministres, documents qui concerne l'exécution de la loi, etc.).

La Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée empêche aussi les institutions de divulguer des renseignements personnels de leur propre chef sauf pour ce qui est expressément permis par la loi.

Avant l'adoption de cette loi, d'autres lois contenaient des dispositions de confidentialité qui limitaient la divulgation de certains renseignements. À compter du 1er janvier 1990, dans toutes les lois sauf 11 lois provinciales, ces dispositions ont cessé de l'emporter sur le droit d'accès prévu par la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*. Toutefois, les clauses existantes sur la confidentialité n'ont pas été abrogées pour les raisons suivantes :

- elles peuvent déterminer si des preuves peuvent être présentées aux tribunaux;
- certaines clauses contenaient des dispositions de non contraignabilité, c'est-à-dire que des personnes ne peuvent être contraintes à venir témoigner en cour sur certaines questions;
- elles stipulaient des droits d'accès ou de divulgation.

Protection des employés aux États-Unis

Le code américain prévoit une structure juridique complète sur les pratiques relatives au personnel au niveau fédéral. Une partie de cette structure juridique a été conçue de manière à créer un «environnement positif relatif à la divulgation».

Le code américain met les divulgateurs à l'abri des représailles de la façon suivante :

- en énumérant neuf principes à suivre dans la gestion du personnel fédéral. Le neuvième principe précise que l'employé qui divulgue des actions fautives de la part du gouvernement doit être mis à l'abri de représailles;

- en empêchant des pratiques comme les représailles contre les divulgateurs;

- en créant un Conseil de protection pour statuer sur les appels des employés qui prétendent qu'il y a eu violation du code américain;

- en créant un Bureau de l'avocat spécial qui :

    * prévoit des moyens sécuritaires pour l'employé de divulguer des actions fautives;
    * s'occupe des représailles contre un employé devant le Conseil de protection.

Rapport de 1986 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, sur l'activité politique, les commentaires publics et la divulgation de la part d'employés de la Couronne

Comme indiqué plus tôt, le programme de protection des divulgateurs présenté dans ce document est repris en grande partie de celui suggéré par la Commission de réforme du droit de l'Ontario en 1986.

Les deux objectifs fondamentaux du programme de protection des divulgateurs sont :

- de mettre les divulgateurs à l'abri des représailles;

- de s'assurer que les mesures appropriées sont prises en rapport avec l'action fautive révélée par le divulgateur.

Le projet de protection du divulgateur recommandé par la Commission de réforme du droit donne à un employé le choix de divulguer une action fautive de deux façons :

- divulguer les renseignements sur une action fautive dans les circonstances de son choix, c'est-à-dire de les communiquer aux médias, aux députés de l'opposition, etc. Dans ce cas, l'employé pourrait tenter de se mettre à l'abri de représailles pour divulgation interdite en se basant sur la «défense des divulgateurs» prévue dans la common law.

- divulguer des renseignements sur une action fautive en s'adressant à un avocat spécial qui reçoit de telles allégations.

L'avocat spécial fournirait deux services de base à l'employé. Les deux services sont :

1) ***RECEVOIR LES ALLÉGATIONS D'ACTION FAUTIVE FAITES PAR DES EMPLOYÉS EN TOUTE CONFIDENTIALITÉ ET DONNER DES CONSEILS ET DIRECTIVES RELATIVEMENT AUX ALLÉGATIONS.***

En supposant que les services de l'avocat spécial sont mis à la disposition de tous les employés de tous les ministères et organismes gouvernementaux, l'employé peut décider

de divulguer des renseignements à l'avocat spécial en gardant l'anonymat ou en toute confidentialité. La confidentialité serait assurée par la loi. L'anonymat ou la confidentialité de la relation avec l'avocat spécial met l'employé à l'abri de toutes représailles à ce stade consultatif.

L'employé est libre de faire toute allégation d'action fautive à l'avocat spécial de façon confidentielle, et de demander conseil sans risquer de représailles.

Selon la Commission de réforme du droit, un programme de protection des divulgateurs ne devrait pas faire de différence entre des divulgations de renseignements documentés ou non. D'après le rapport, la logique quant au fait de divulguer certains renseignements et d'en garder d'autres secrets devrait être basée entièrement sur le contenu des renseignements, et non sur le fait que les renseignements sont documentés ou non.

Les allégations d'un employé peuvent parfois faire intervenir un autre organisme. Par exemple, si un employé révèle des preuves de discrimination générale, il faudrait porter plainte auprès de la Commission des droits de la personne. Le même scénario se présente pour des questions qui relèvent du vérificateur provincial, de l'ombudsman ou de la police.

S'il faut communiquer avec un autre organisme pour enquêter au sujet des allégations de l'employé, l'avocat spécial pourrait soit :

- demander à l'employé de s'adresser à l'organisme en question; ou

- si l'employé veut garder l'anonymat, l'avocat spécial pourrait mettre l'organisme au courant des allégations au nom de l'employé.

Lorsque les allégations de l'employé ne sont pas basées sur des faits ou que l'avocat spécial est d'avis que l'employé agit de mauvaise foi, l'avocat spécial peut refuser d'enquêter sur cette histoire. Il ferait savoir à l'employé que ses allégations ne semblent

pas être fondées. Néanmoins, l'employé ne serait pas soumis à des sanctions pour avoir fait des allégations à ce stade, parce qu'aucune autre partie ne serait au courant de la nature des discussions qui ont eu lieu entre l'employé et l'avocat spécial.

Grâce à l'avocat spécial, l'employé peut discuter d'actions fautives en toute confidentialité et sans crainte de subir des sanctions, et les organismes gouvernementaux sont à l'abri de préjudice en cas de fausses allégations.

Si, pour une raison quelconque, un employé décide de ne pas s'adresser à l'avocat spécial et de divulguer les renseignements publiquement, il peut toujours s'en remettre à la défense des divulgateurs prévue dans la common law pour éviter des sanctions de la part de son employeur. Cependant, comme indiqué dans ce document, le type d'action fautive justifiant la divulgation n'a pas été défini clairement par les tribunaux. Les divulgations justifiables en vertu de la common law risquent donc d'être très limitées.

2) *SERVIR DE MOYEN EFFICACE POUR DIVULGUER DES ACTIONS FAUTIVES GRAVES ET S'ASSURER QUE L'ORGANISME RÉPONDE AUX ALLÉGATIONS D'ACTION FAUTIVE.*

Lorsque aucun autre organisme n'a le pouvoir d'enquêter sur les allégations, et lorsque qu'il ne semble y avoir aucun autre moyen de répondre aux allégations, un employé peut continuer le processus avec l'avocat spécial.

Les allégations de l'employé doivent passer un test pour que l'avocat spécial intervienne à ce deuxième stade. Le test proposé par la Commission de réforme du droit est le suivant :

S'agit-il d'une allégation d'action fautive grave impliquant :

- la violation d'une loi ou d'un règlement, ou
- une mauvaise gestion, un gaspillage de fonds ou l'abus d'autorité, ou

- un danger pour la santé ou la sécurité des employés ou du public, ou
- une autre action fautive de nature semblable,

qui doit être divulguée dans l'intérêt public.

L'avocat spécial aurait le pouvoir de déterminer si les allégations de l'employé se conforment aux conditions ci-dessous et par conséquent si son intervention est justifiée.

Si l'avocat spécial décide d'aller de l'avant, il demanderait alors au responsable de l'organisme de répondre aux allégations. La Commission de réforme du droit a recommandé que ce responsable prépare son rapport dans les 30 jours qui suivent. La réponse de l'organisme serait déposée devant l'avocat spécial et mise à la disposition du public, tout en respectant les exigences de confidentialité de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée.

Les employés qui divulguent de bonne foi des actions fautives graves dans l'intérêt public en suivant la procédure de l'avocat spécial seraient à l'abri de sanctions. Ils seraient protégés à cause de l'anonymat et de la confidentialité de leurs discussions avec l'avocat spécial. Néanmoins, si des sanctions étaient prises contre les employés, ils jouiraient d'un droit légal de grief et d'arbitrage devant la Commission de règlement des griefs des employés de la Couronne ou la Commission des griefs de la fonction publique.

PARTIE II - QUESTIONS

La procédure de protection des divulgateurs présentée dans le rapport de la Commission de réforme du droit pourrait être modifiée de diverses façons pour tenir compte des changements qui ont eu lieu depuis 1986.

QUESTION 1 : LA PROTECTION DES DIVULGATEURS DOIT-ELLE S'ÉTENDRE À TOUS LES EMPLOYÉS?

En Ontario, la loi de base régissant la divulgation de renseignements de la part d'employés du gouvernement est la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée. Cette loi s'applique à tous les ministères et à tous les organismes consultatifs et de réglementation (annexe I) ainsi qu'aux organismes commerciaux (annexe II). Elle s'applique aussi aux collèges communautaires et aux conseils régionaux de santé qui sont des organismes de l'annexe III.

Remarque : l'annexe des organismes de l'Ontario est comprise dans la directive du Conseil de gestion sur les catégories d'organismes.

Comme la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée détermine des exigences juridiques complètes pour la confidentialité de renseignements gouvernementaux, l'étendue du programme de protection des divulgateurs doit être conforme avec celle de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée. Toutefois, nous tenons à présenter quelques options.

OPTION 1 : le modèle américain

Dans le code américain, la protection des divulgateurs ne touchent pas

- les entreprises publiques comme la compagnie fédérale d'assurance de dépôts bancaires;

- les organismes chargés de l'application de la loi et ceux de renseignements comme le FBI et la CIA;
- le bureau de comptabilité générale;
- le service des postes américain.

Les entreprises publiques ne sont pas exclues par principe, mais parce que le système de mérite fédéral ne s'applique pas dans leur cas. Les organismes chargés de l'application de la loi et ceux de renseignements sont exclus pour des raisons de sécurité. Le bureau de comptabilité générale et le service des postes sont exclus parce qu'ils ne tombent pas dans la catégorie du personnel de direction pour laquelle la protection du code américain s'applique en général.

En plus d'exclure certains organismes, le code américain exclut aussi certains types d'employés :

- les postes qui ne font pas l'objet d'un concours à cause de leur caractère confidentiel ou parce qu'ils concernent l'élaboration de politiques, et
- tout poste exclu par le président sous prétexte que cela est nécessaire et justifié pour une bonne administration.

OPTION 2 : recommandation de la Commission de réforme du droit

La Commission de réforme du droit de l'Ontario s'est écartée de l'approche américaine en recommandant qu'aucun employé de la Couronne ne soit exclu de la protection. La Commission a expliqué que ce sont justement les employés exclus qui ont le plus de chances de trouver des preuves d'actions fautives graves. La recommandation d'étendre la protection à tous les employés de la Couronne a été fortement influencée par la recommandation relative à la procédure de l'avocat spécial.

(Remarque : «employé de la Couronne» est la catégorie la plus générale des employés du secteur public et comprend toutes les personnes travaillant pour la Couronne y compris pratiquement tous les employés des ministères et des organismes. Cette catégorie englobe la plupart des institutions soumises à la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée.)

QUESTION 2 : QUI DOIT FAIRE ENQUÊTE ET RÉPONDRE EN CAS D'ALLÉGATIONS D'ACTION FAUTIVE GRAVE?

Une fois qu'il a été décidé qu'une enquête doit avoir lieu, l'organisme ou l'avocat spécial peut enquêter sur les allégations d'actions fautives.

OPTION 1 : enquête du ministère ou de l'organisme

La Commission de réforme du droit a recommandé la création d'un avocat spécial pour recevoir les allégations des divulgateurs. L'avocat spécial entretiendrait une relation basée sur le secret professionnel de l'avocat avec le divulgateur, et leurs communications jouiraient du privilège du secret professionnel de l'avocat.

Le rôle de l'avocat spécial ne doit pas nécessairement être assumé par un avocat si le divulgateur jouit expressément de garanties légales de confidentialité. C'est pourquoi, afin de ne pas restreindre le rôle de «l'avocat spécial», nous utiliserons les termes «conseiller du programme de protection» (ou conseiller) au lieu d'avocat spécial dans le reste du document.

Comme indiqué précédemment, la Commission de réforme du droit a recommandé qu'une fois que le conseiller du programme de protection a demandé à un ministère ou à un organisme de répondre à des allégations d'action fautive grave, que celui-ci enquête sur la question et prépare un rapport public qu'il remettra au conseiller.

Cette approche présente certains avantages.

- Elle permet d'atteindre les objectifs de base du programme de protection du divulgateur, c'est-à-dire que les employés sont à l'abri de représailles et que l'organisme ou le ministre répond aux allégations d'action fautive grave.

- La procédure du conseiller du programme de protection donne plus de poids à la responsabilité de l'organisme de répondre à toute allégation d'action fautive. La création d'un environnement favorable aux divulgations responsables et justifiées, soulignera le besoin de communication efficace entre tous les niveaux d'employés des organismes gouvernementaux; cela encouragera aussi la création de mécanismes internes et efficaces pour traiter les allégations d'action fautive et renforcera le rôle et la responsabilité des directeurs à ce sujet.

- Tel que recommandé par la Commission de réforme du droit, le rôle essentiel du conseiller du programme de protection est de gérer la divulgation de renseignements par le divulgateur de façon à protéger les intérêts de l'employé et de l'organisme. Le conseiller n'est pas obligé d'enquêter ou de statuer sur les allégations d'action fautive de l'employé ou sur la réponse du ministère ou de l'organisme. Les exigences en termes de personnel et les coûts administratifs reliés au poste de conseiller devraient donc être minimes.

L'approche peut être critiquée parce qu'elle permet à un ministère ou à un organisme de faire sa propre enquête. Cela suggère que le rapport de l'organisme ne sera peut-être pas une réponse publique complète à l'allégation d'action fautive.

Étant donné que le rapport sera rendu public, il fera sûrement l'objet de commentaires dans les médias, à l'Assemblée législative et ailleurs. C'est pourquoi les organismes seront motivés à s'assurer que leur rapport sur les actions fautives est rigoureux.

OPTION 2 : enquête du conseiller du programme de protection

Un autre rôle du conseiller du programme de protection serait d'enquêter sur les allégations qui se conforment aux conditions du test.

En tant qu'enquêteur, le conseiller devrait posséder l'autorité légale pour entrer dans un local et l'inspecter, pour interroger le personnel sans intervention et pour forcer la présentation de documents.

Une fois l'enquête terminée, le conseiller préparerait le rapport d'enquête.

En préparant son rapport, le conseiller du programme de protection, plutôt que le responsable de l'organisme, décidera s'il est nécessaire de dévoiler des renseignements délicats sur le fonctionnement de l'organisme. De la même façon, le conseiller décidera si des renseignements soumis à la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée doivent être divulgués dans l'intérêt public.

Avec cette approche, il faut tenir compte d'un certain nombre de points.

Il est peu probable, par exemple, que le conseiller du programme de protection puisse faire une enquête indépendante sur une allégation d'action fautive grave et préparer un rapport dans les 30 jours.

Si le conseiller devait aussi jouer le rôle d'enquêteur, il faudrait sûrement augmenter le personnel et les ressources financières.

Mais peut-être que le point le plus important est que le pouvoir du conseiller d'enquêter sur des actions fautives graves devrait être clairement défini, pour établir une distinction entre celui-ci et le pouvoir d'autres ministères et organismes qui enquêtent sur des questions comme la santé et la sécurité en milieu de travail, les normes environnementales, etc.

Il serait aussi nécessaire de définir clairement le pouvoir du conseiller du programme de protection et celui d'organismes de vigilance comme l'ombudsman, le vérificateur provincial, la Commission des droits de la personne, le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée ou d'autres organismes chargés de l'application de la loi comme la police.

Ces questions de pouvoir doivent être examinées de près, de façon à ce que le pouvoir d'enquêter du conseiller du programme de protection ne risque pas d'entrer en conflit avec celui d'autres organismes faisant des enquêtes.

QUESTION 3 : JUSQU'À QUEL POINT UN RAPPORT SUR DES ALLÉGATIONS D'ACTION FAUTIVE GRAVE DOIT-IL DÉVOILER DES RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS?

Peu importe si le responsable du ministère ou de l'organisme ou le conseiller du programme de protection prépare un rapport sur les allégations d'action fautive grave, le rapport doit être rendu public.

La question est de savoir jusqu'à quel point un rapport doit dévoiler des renseignements confidentiels? À ce sujet, il est nécessaire de garder à l'esprit les dispositions de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée relatives à la confidentialité de certains renseignements.

La loi précise que le public à un droit d'accès aux documents gouvernementaux à moins que le document ou une partie de celui-ci tombe dans une des exceptions à cette règle.

La plupart des exceptions sont discrétionnaires; c'est-à-dire que même si elles sont valables, le responsable peut quand même rendre le document public.

Si le document est soumis à une exception obligatoire cependant, le responsable de l'organisme doit refuser l'accès à ce document. Les exceptions obligatoires sont les

documents du conseil des ministres, certains renseignements confidentiels d'ordre commercial d'une troisième partie et des renseignements personnels. À l'exception des documents du conseil des ministres, même les exceptions obligatoires ne peuvent s'appliquer si l'intérêt public est plus important que le but de l'exception.

En résumé, la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée interdirait seulement, dans presque toutes les circonstances, la divulgation de documents du conseil des ministres dans le rapport.

OPTION 1 : un rapport public est préparé, mais des renseignements sont effacés

Si le responsable d'un organisme a préparé un rapport sur des allégations à la demande du conseiller du programme de protection, le responsable indiquerait au conseiller quels sont les renseignements du rapport qui doivent rester confidentiels (c'est-à-dire qui doivent être enlevés ou cachés en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée). Le conseiller mettrait le rapport avec les renseignements effacés à la disposition du public.

Si l'employé (ou toute autre personne) n'est pas d'accord avec les exceptions ou qu'il croit que les exceptions ne devraient pas être valables parce que la divulgation est dans l'intérêt public, l'employé pourrait demander au conseiller d'aller en appel devant le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée. Le Commissariat déciderait ensuite si la divulgation complète du rapport est dans l'intérêt public. (Remarque : cela pourra exiger une augmentation des pouvoirs du Commissariat à l'article 23 de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, de façon à lui permettre d'exiger la divulgation de certains documents faisant l'objet d'exceptions dans l'intérêt public.)

Après l'intervention du Commissariat, la réponse de l'organisme serait mise en partie ou en entier à la disposition du public. Cette procédure a été décrite plus en détails par la Commission de réforme du droit et était l'option recommandée dans le rapport de 1986.

Du point de vue du public, un rapport sur des allégations d'action fautive grave auquel il manque certains renseignements, ne représenterait évidemment pas une divulgation complète. Il porterait presque certainement le public à croire que les modifications ne servaient qu'à éviter d'être embarrassé.

Du point de vue de l'organisme, la préparation d'une réponse complète aux allégations entraînerait nécessairement la divulgation de renseignements confidentiels ou délicats qui devraient être protégés en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée.

OPTION 2 : le rapport est rendu public en entier

Une autre option est de rendre le rapport public en entier.

Quand le responsable d'un organisme prépare un rapport public (ou le conseiller s'il fait enquête), il décide s'il doit dévoiler des renseignements confidentiels ou non. Comme indiqué à la page 18, le ministère ou l'organisme bénéficierait de beaucoup de latitude pour ce qui est de décider quels renseignements délicats doivent être dévoilés afin de répondre convenablement aux allégations.

De cette façon, il ne serait pas possible d'aller en appel devant le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée puisque rien n'aurait été modifié dans le rapport original. Il serait toutefois possible de présenter une demande d'accès aux documents connexes et autres documents pertinents sur lesquels le rapport est basé. Le refus de cette demande pourrait être porté en appel devant le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée.

QUESTION 4 : COMMENT LE RAPPORT DOIT-IL ÊTRE RENDU PUBLIC?

Pour ce qui est de la façon dont le rapport doit être rendu public, différentes options sont possibles.

OPTION 1 : rendre le rapport public

La Commission de réforme du droit a recommandé que le rapport soit déposé dans un dossier public. Les membres du public intéressés devraient prendre l'initiative de fouiller dans le dossier pour savoir si un rapport y a été déposé.

OPTION 2 : déposer le rapport devant l'Assemblée législative

En plus de l'approche ci-dessus, le conseiller du programme de protection pourrait rendre le rapport public en le déposant devant le président de l'Assemblée législative. De plus, le responsable du ministère ou de l'organisme pourrait rendre le rapport public par le biais d'une déclaration ministérielle devant l'Assemblée, d'une conférence de presse ou autre.

QUESTION 5 : QUELLES MESURES SONT NÉCESSAIRES POUR METTRE LES EMPLOYÉS QUI DIVULGUENT DES ACTIONS FAUTIVES GRAVES À L'ABRI DES SANCTIONS OU DES REPRÉSAILLES DES EMPLOYEURS?

Lorsque le conseiller du programme de protection lui donne des conseils relativement à des allégations d'action fautive, la communication est entièrement confidentielle. À ce stade, l'employeur ne sait pas que l'employé a discuté de la question avec un conseiller.

La confidentialité de cette relation est une forme de protection importante tout simplement parce qu'il est très peu probable qu'elle entraîne des sanctions ou des représailles.

Si l'allégation se conforme aux conditions du test et que le conseiller décide d'aller de l'avant, l'organisme serait alors mis au courant de l'allégation. Tout dépendant de la nature de l'allégation d'action fautive, l'employeur peut être en mesure de deviner quel employé s'est adressé au conseiller.

OPTION 1 : droit de grief légal

Si un employé est soumis à des sanctions pour avoir divulgué des renseignements confidentiels ou des preuves concernant une action fautive grave à un conseiller, la Commission de réforme du droit a recommandé qu'un droit de grief légal soit ajouté dans la Loi sur la fonction publique. Le grief serait entendu par la Commission de règlement des griefs des employés de la Couronne ou la Commission des griefs de la fonction publique.

Les employés syndiqués seraient représentés par leur syndicat. Les autres employés retiendraient les services d'un représentant ou d'un avocat à leur frais, comme c'est le cas à l'heure actuelle.

OPTION 2 : le conseiller du programme de protection offre à un employé un programme de protection

Pour offrir une meilleure protection aux employés, le conseiller pourrait décider de représenter l'employé devant la commission d'arbitrage. Cette option ne serait nécessaire que pour le personnel non syndiqué. De cette façon, les employés n'auraient pas à débourser d'argent pour les services d'un avocat.

Sinon, plutôt que de représenter les employés devant la commission d'arbitrage, le conseiller pourrait recommander que l'organisme rembourse à l'employé les frais de représentation devant la commission d'arbitrage. De la même manière, le conseiller pourrait recommander que l'organisme indemnise un employé d'autres façons (par exemple, indemnisation supplémentaire pour trouble mental ou préjudice à la vie

personnelle ou familiale). Ces recommandations seraient laissées à la discrétion du conseiller.

QUESTION 6 : UN NOUVEL ORGANISME DE PROTECTION DES DIVULGATEURS EST-IL NÉCESSAIRE?

La décision de créer un organisme de protection des divulgateurs séparé est déterminée en partie par le rôle et les fonctions du conseiller du programme de protection.

OPTION 1 : nouvel organisme : le conseiller du programme de protection

La Commission de réforme du droit concevait le rôle du conseiller du programme de protection comme très distinct de celui des organismes de vigilance existant comme l'ombudsman ou le vérificateur provincial. De l'avis de la Commission, le conseiller est un véhicule pour la divulgation d'allégations d'action fautive grave. Le conseiller n'enquête pas sur la validité de l'allégation, mais ne fait que s'assurer que les employés qui font de telles allégations de bonne foi ne sont pas soumis à des sanctions, et que les organismes répondent publiquement aux allégations dans l'intérêt public.

Comme ce rôle du conseiller du programme de protection est très différent de celui de l'ombudsman ou du vérificateur provincial, la Commission a recommandé un moyen légal de créer un conseiller du divulgateur indépendant et séparé.

OPTION 2 : le conseiller du programme de protection comme organisme d'enquête

Si le conseiller du programme de protection est responsable d'enquêter et de présenter un rapport sur les allégations d'action fautive, la compétence législative et le pouvoir légal d'enquêter doivent être précisés dans la loi. Il sera essentiel de faire la distinction entre le rôle et la compétence législative d'un conseiller qui joue le rôle d'enquêteur, et

la compétence législative d'autres organismes d'enquête comme l'ombudsman ou le vérificateur général.

OPTION 3 : le conseiller du programme de protection est soumis à l'autorité du Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée

La Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée est la loi de base concernant les obligations de confidentialité. Le bureau du Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée est l'organisme qui voit à ce que la loi soit respectée. En rattachant le conseiller du programme de protection au bureau du Commissariat, il serait possible de diminuer les coûts relatifs au poste de conseiller.

Le conseiller du programme de protection pourrait être rattaché au Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée si :

- le conseiller ne sert seulement que d'intermédiaire pour divulguer les allégations d'action fautive et pour s'assurer que l'organisme prépare une réponse publique (c'est-à-dire qu'il n'a pas le rôle d'enquêteur), et si

- la réponse de l'organisme est rendue publique en entier sans modifications des renseignements confidentiels en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée. Si le rapport est rendu public en entier, aucun appel ne serait possible devant le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée.

  Comme le conseiller ne serait pas impliqué dans l'appel devant le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée, il n'y aurait pas de conflit de rôle ou de fonction entre le conseiller et le Commissariat.

QUESTION 7 : UN PROGRAMME DE PROTECTION DES DIVULGATEURS DOIT-IL FAIRE PARTIE D'UNE LOI SÉPARÉE OU NON?

Il y a certains points relatifs au fonctionnement du conseiller du programme de protection qui nécessitent un pouvoir légal.

- La nomination et le rapport hiérarchique du conseiller. La Commission de réforme du droit a recommandé que le conseiller du programme de protection soit un membre de l'Assemblée législative et qu'il soit nommé par le lieutenant-général en conseil sur la recommandation de l'Assemblée.

- La mise en place d'un droit légal de grief en cas de représailles contre un employé qui a discuté avec le conseiller du programme de protection.

- Le pouvoir légal du conseiller du programme de protection :

  - respecter la confidentialité de toute discussion avec des employés;
  - exiger qu'un organisme réponde aux allégations d'action fautive dans une période de temps précise, ou inversement, l'autorité du conseiller d'enquêter sur les allégations d'action fautive grave;
  - recueillir et divulguer des renseignements confidentiels dans le cadre de ses responsabilités.

Étant donné que les exigences de confidentialité sur les renseignements gouvernementaux sont maintenant indiquées dans la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, le programme de protection proposé dans ce document exigerait, à tout le moins, des amendements à la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée pour permettre la divulgation de renseignements confidentiels au conseiller.

Il existe deux options légales pour mettre en oeuvre un programme de protection des divulgateurs :

OPTION 1 : amendement à la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée

Comme indiqué précédemment, la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée crée un programme complet pour la divulgation de renseignements gouvernementaux, et désigne le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée comme organisme responsable de l'application de la loi.

La Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée pourrait être amendée pour créer le bureau du conseiller du programme de protection comme organisme séparé ou comme organisme rattaché au bureau actuel du Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée.

OPTION 2 : loi séparée

Une loi séparée pourrait être adoptée pour créer le bureau du conseiller du programme de protection. La loi énoncerait en détail le rôle du conseiller et les responsabilités d'un organisme faisant l'objet d'allégations d'action fautive.

La loi ferait aussi des amendements corrélatifs à la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, à la Loi sur la fonction publique et aux autres lois pertinentes.